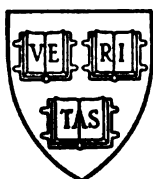


HUVELIN

L'"ARBITRIUM LITI AESTIMANDAE"

1907


VE RI
TAS

L'"ARBITRIUM LITI ÆSTIMANDÆ"

ET

L'ORIGINE DE LA FORMULE

PAR

P. HUVELIN

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

Extrait des *MÉLANGES GÉRARDIN*

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL J.-B. SIREY & DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL
22, *rue Soufflot*, *PARIS*, 5e *arrdt*
L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs
1907

L'ARBITRIUM LITI ÆSTIMANDÆ

ET

L'ORIGINE DE LA FORMULE

Nous connaissons mal la *legis actio per iudicis postulationem* (1). Les témoignages que nous possédons à son sujet ne se recommandent ni par leur nombre, ni par leur netteté, et

(1) D'une façon générale, on consultera, sur la *l. a. p. iudicis postulationem* et sur l'*arbitrium liti æstimandæ*, les travaux suivants : Rudorff, *Römische Rechtsgeschichte*, 1857, II, p. 81-82; Bethmann-Hollweg, *Der römische Civilprozess*, I, 1864, pp. 61-65; 165-169; Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, 1871, pp. 57-64; 82-87; 300-303; *Zur Lehre von den Legis Aktionen. Z. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, XXV (1904), *Rom. Abth.*, pp. 54-80; *Ueber Anfang und Ende des in iure Verfahrens im römischen Formularprozess. Ibid.*, XXVII (1906), pp. 1-45; Karlowa, *Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisaktionen*, 1872, pp. 47-58; 144-150; Baron, *Zur Legis actio per iudicis arbitrive postulationem und per condictionem. Festgabe für Heffter*, 1883; Brini, *Della condanna nelle Legis actiones. Archivio giuridico*, XXI (1878), pp. 213-278; Ad. Schmidt, *Ueber die Legis actio per iudicis postulationem. Z. d. Sav. Stiftung*, II (1881), *R. A.*, pp. 145-164; Voigt, *Die XII Tafeln*, 1883, I, p. 601-616; Montagnon, *De la nature des condamnations civiles à Rome* (Thèse), 1883; Keller, *Der römische Civilprozess und die Actionen*, 6e éd. par Wach, 1883, p. 81-88; Silvio Perozzi, *Dell'arbitrium liti æstimandæ nella procedura romana*, 1884; Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, I[1], 1891, pp. 415-422; I[2], 1904, pp. 147-148; Cüenot, *De la sentence du juge et de sa réalisation. Nouv. Rev. Hist. de droit*, XVII (1893), pp. 321-362; Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, 1901, p. 78, n. 2; p. 90, n. 3-4; pp. 91-92, n. 2; *Manuel élémentaire de droit romain*[4], 1906, p. 987.

une lacune regrettable du manuscrit de Gaius (1) nous prive du secours si précieux d'un guide ordinairement consciencieux et précis. Si bien que cette *legis actio*, dont tant d'indices nous font soupçonner la haute importance, se dérobe à nos investigations, et ne nous offre qu'énigmes irritantes. Tout au moins convient-il, avant d'avouer notre défaite, de ne rien laisser perdre de notre matériel d'informations, et d'en tirer tout ce que nous en pouvons tirer.

Or, il existe au moins un texte, — bien connu pourtant —, dont on n'a pas, à ma connaissance, fait suffisamment état pour l'étude d'une application spéciale de la *iudicis postulatio*, je veux dire de l'*arbitrium liti aestimandae*. C'est un passage du *De oratore* de Cicéron, I, 36, 166-167. Je le transcris intégralement (2) :

166. — Potes igitur, inquit Crassus (ut alia omittam innumerabilia et immensa, et ad ipsum tuum ius civile veniam), oratores putare eos, quos multas horas exspectavit, cum in campum properaret, et ridens et stomachans Scævola, cum Hypsaeus maxima voce, plurimis verbis a M. Crasso prætore contenderet, ut ei, quem defendebat, causa cadere liceret, Cn. autem Octavius, homo consularis, non minus longa oratione recusaret, ne adversarius causa caderet, ac ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelæ iudicio atque omni molestia stultitia adversarii liberaretur?

167. — Ego vero istos, inquit, — memini enim mihi narrare Mucium, — non modo oratoris nomine, sed ne foro quidem dignos putarim. Atqui non defuit illis patronis, inquit Crassus, eloquentia, neque dicendi ratio aut copia, sed iuris civilis scientia : quod alter plus lege agendo petebat, quam quantum lex in XII Tabulis permiserat, quod cum impetrasset, causa caderet; alter iniquum putabat, plus secum agi, quam quod esset in actione, neque intelligebat, si ita esset actum, litem adversarium perditurum.

(1) Lacune de 48 lignes après IV, 17.

(2) D'après l'édition Orelli et Baiter. Mais il n'y a pas de difficulté de texte sérieuse.

Dans la partie du dialogue *De oratore* où figure ce passage, l'orateur L. Licinius Crassus énumère les connaissances fondamentales dont doit disposer un avocat vraiment digne de ce nom. L'une des plus importantes est la science du droit. A ce propos, et pour montrer combien un orateur ignorant le droit peut desservir les intérêts de ses clients, il cite une anecdote caractéristique qu'il tenait de P. Mucius Scævola (= *memini enim mihi narrare Mucium*). C'est le récit d'une affaire plaidée devant le préteur M. Crassus par les orateurs Cn. Octavius et Hypsæus, avec tant d'inexpérience et de maladresse que Scævola, qui s'était arrêté par hasard à les écouter, ne savait s'il fallait en rire ou s'en fâcher. Les orateurs en question, et le magistrat devant qui ils plaidaient, nous sont bien connus; le procès devait se placer vers les années 627-628 U. C. (127-126 av. J.-Ch.) (1). Mais le fond du litige reste énigmatique. Si l'on comprend en gros la bévue des avocats, on a quelque peine à suivre exactement la question posée. Aussi convient-il de serrer de près le texte.

La difficulté ne porte pas sur la nature de la demande, qui se réfère, tout le monde est d'accord sur ce point (2), à une action *rationibus distrahendis* intentée par un pupille sorti de tutelle contre un tuteur infidèle. L'action infamante de tutelle, fondée sur la loi des Douze Tables, dont parle Crassus, ne peut être ni le *crimen suspecti*, qui est une action publique, ni l'action *tutelæ*, qui n'existe sans doute pas encore en 628 (3), et qu'aucun témoignage, en tout cas, ne rattache aux

(1) Sur cette question de date, voy. Girard, *La date de la loi Æbutia. Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XXI (1897), p. 271, 3. Wilkins, *M. Tullii Ciceronis de Oratore libri tres* (Oxford, 1892), p. 155, 5, place notre procès en 633-121.

(2) Voigt, *XII Tafeln*, II, p. 562; Lenel, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel*, trad. Peltier, II, 1903, p. 40; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1901, p. 281; Roby, *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, 1902, I, p. 111, n. 1, etc.

(3) Girard, *Manuel*[4], p. 216; Cf. *La date de la loi Æbutia*, p. 255.

Douze Tables. L'action *rationibus distrahendis*, au contraire, a été consacrée par un précepte des Douze Tables, ainsi que nous l'atteste Tryphoninus (1); elle réprime, dit ce même auteur, un véritable *furtum* commis par le tuteur qui détourne des valeurs de son pupille; elle entraîne contre le tuteur condamné une *pœna* du double, comme l'action *furti nec manifesti* : autant d'observations qui nous portent à croire qu'elle n'est qu'une variété de cette dernière action (2). La dénomination spéciale qu'on lui attribue à l'époque classique ne figure même pas dans les textes relatifs à ses origines (3), et cette dénomination se rattache à un règlement de comptes, qui, on l'admet très généralement, n'y est pas primitivement lié (4).

Mais la difficulté porte sur la procédure employée pour faire valoir cette action *rationibus distrahendis.*

Les éléments techniques de la procédure que retrace notre texte semblent en effet à première vue, sinon incohérents et contradictoires, du moins inattendus: *Iudicium*, *legis actio,*

(1) Tryphoninus, *lib. XIV Disput. Dig.*, XXVI, 7, fr. 55, 1 : « Si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quæ proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur et, quamvis unus duplum præstiterit, nihilo minus etiam alii teneantur : nam in aliis furibus eiusdem rei pluribus, non est propterea ceteris pœnæ deprecatio, quod ab uno iam exacta est ».

(2) En ce sens Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1899, p. 738, n. 2. — Je n'ai pas à rechercher ici pourquoi l'action *rationibus distrahendis* s'est séparée de l'action *furti nec manifesti.* Est-ce parce que le tuteur reprend, pendant la durée de la tutelle, la *propriété* des biens du pupille, selon l'hypothèse si séduisante proposée par l'éminent maître à qui je dédie le présent mémoire, comme un faible hommage de respect et de reconnaissance (Gérardin, *La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain. Nouv. Rev. Hist. de Droit*, XIII (1889), p. 1-20)? Est-ce seulement, comme le pense M. P. F. Girard (*Manuel*[4], p. 216), en partant de l'idée de *potestas?* La question peut rester en suspens sans que l'intelligence de notre texte en souffre.

(3) Il ne figure ni dans le texte précité de Tryphoninus, ni dans notre passage du *De Oratore.*

(4) Girard, *Manuel*[4], p. 216.

plus petitio soulèvent de sérieuses difficultés. Aussi quelques interprètes n'hésitent-ils pas, pour les résoudre, à forcer le sens de ces termes, et à prêter à Cicéron des expressions impropres (1). Cette méthode me paraît peu recommandable, pour plusieurs raisons. Cicéron, écrivain et jurisconsulte, se distingue généralement par la propriété de sa langue juridique (2). S'il peut se tromper sur la portée de certains termes, lorsque, comme historien, il décrit d'anciennes institutions (3), il n'est guère admissible qu'il se trompe lorsqu'il décrit, comme praticien, des institutions presque contemporaines. Cela est moins admissible ici qu'ailleurs, puisque l'anecdote rapportée offre un caractère exclusivement juridique, et qu'elle n'a de sens et de sel qu'autant qu'elle met en jeu des éléments techniques bien définis, et qu'elle fait apparaître au premier coup d'œil l'ignorance des deux avocats en des matières pratiques qui ne comportent ni confusion ni ambiguïté. Enfin toute correction partielle de ce genre a le grave défaut d'être arbitraire. Pourquoi faire céder le texte sur tel point plutôt que sur tel autre? N'arriverait-on pas, en prenant telle ou telle expression, au lieu de telle ou telle autre, dans un sens vague et approximatif, à une interprétation totalement différente?



Si l'on analyse de près le texte, en en prenant chaque élément dans la plénitude de son acception technique, deux points me semblent immédiatement acquis : la procédure est

(1) Par ex. Lenel, *Édit perpétuel*, trad. Peltier, II, p. 40, n. 4.

(2) Caqueray, *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, 1857, p. VII et sqq.; Gasquy, *Cicéron jurisconsulte*, 1887, p. 289-290.

(3) Ce que j'ai admis moi même à propos du texte du *De Republica*, IV, 10, 12, relatif au délit consistant à *occentare sive carmen condere*. Huvelin, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* (Extr. des *Mélanges Appleton*), 1903, p. 69 et sqq.

celle d'une *legis actio ;* la question débattue a trait à une *plus petitio*.

1° La procédure est celle d'une *legis actio*. Les termes employés ne laissent aucune place au doute : « quod alter plus *lego agendo petebat...* » ; « quod erat *in actione...* ». Du même coup se trouvent écartées toutes les explications de notre texte qui, négligeant ces termes si précis, supposent une action du système formulaire, et aussi les argumentations des auteurs qui, comme Rudorff(1), ont songé à se servir de notre passage pour reconstituer la formule de l'action *rationibus distrahendis* dans l'Édit du préteur. Cependant on pourrait, bien que personne à ma connaissance ne l'ait fait, m'opposer une objection tirée du nom de *iudicium* (*turpe tutelæ iudicium*) par lequel Cicéron désigne notre action : car, selon une opinion défendue par M. Wlassak (2), et qui précisément se fonde sur la terminologie de Cicéron, le mot *iudicium* s'applique aux nouvelles formules, par opposition au mot *actio*, qui désigne les anciennes actions de la loi. Mais M. Wlassak reconnaît lui-même que *iudicium* a, dans Cicéron, plusieurs sens différents. L'argument qu'on tirerait de ce terme ne saurait donc prévaloir contre la mention si nette faite par deux fois de la *legis actio*. Je montrerai d'ailleurs plus loin qu'en réalité les expressions *iudicium* et *legis actio* ne se contredisent pas, parce qu'elles s'appliquent à des choses différentes.

2° La question débattue a trait à une *plus petitio*, et j'entends ce mot dans le sens juridique précis d'une demande exagérée qui conduit le demandeur à perdre tout son droit. Ici encore les termes employés ne souffrent aucun doute : « alter *plus*, lege agendo, *petebat* » ; « alter iniquum putabat, *plus* secum *agi...* ». Une *plus petitio* a pour cause une pré-

(1) Rudorff, *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quæ reliqua sunt*, 1869, § 131. Lenel, *Édit perpétuel*, II, p. 40-41, n'est pas tout à fait à l'abri de cette critique.

(2) Wlassak, *Römische Processgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, 1888-1891, I, notamment § 8, pp. 72-85. Cf. *infrà*, p. 350 et sqq.

tention exagérée émise devant le magistrat par le demandeur. Mais son effet ne se produit qu'*in iudicio*, quand le *iudex*, après les vérifications nécessaires, repousse la demande pour le tout, à raison de son exagération. La *plus petitio* s'opère *officio iudicis*, non pas *officio prætoris*. Je ne puis donc croire que le demandeur s'expose uniquement, dans notre espèce, à se voir refuser par le préteur la permission d'intenter son action : autrement dit, je ne puis croire que nous soyons ici, comme on l'a parfois pensé (1), en présence d'un cas de *denegatio actionis*, et même du plus ancien cas certain de *denegatio actionis* (2). Car, remarquons-le bien, la *plus petitio* dont il s'agit ici entraîne pour le demandeur la perte du droit déduit en justice (si ita esset actum, *litem adversarium perditurum*). Or, il n'y a pas de place, dans notre espèce, pour une *denegatio actionis* produisant cet effet total. Je sais bien que le préteur, lorsqu'on lui a reconnu la faculté de *denegare actionem*, en a usé toutes les fois qu'il pouvait prévoir que l'action aboutirait à l'échec certain du demandeur (3), et que, dans notre espèce, l'exagération de la demande devait se révéler à première vue, puisque la bévue des deux avocats nous est présentée comme grossière. Mais, au cas d'une demande exagérée, le demandeur, qui se heurte à une *denegatio*, en est quitte pour modérer sa prétention, et il ne perd pas son droit, pas plus que celui à qui le préteur refuse une action pour laquelle il n'est certainement pas qualifié ne perd, par cette *denegatio*, l'action à laquelle il a véritablement droit. La *denegatio actionis* ne peut s'exercer avec des effets

(1) En ce sens Karlowa, *Röm. Civilprozess*, p. 343-344 (bien qu'il se refuse à voir là une *denegatio actionis* au sens technique du mot). Il suffit de lire notre texte pour constater que rien ne prouve que le demandeur doive *immédiatement, in iure*, perdre son procès.

(2) Mon savant maître, M. P. F. Girard, qui a accueilli cette interprétation dans son bel article sur *La date de la loi Æbutia*, p. 271, ne l'a fait d'ailleurs qu'avec certaines réserves. Cf. p. 280, où il semble bien la ranger parmi les « termes controversés » de son argumentation.

(3) Girard, *Manuel*[4], p. 1001, 3.

définitifs qu'à raison de faits que le demandeur est hors d'état de modifier en rectifiant sa demande (1). Aussi n'existe-t-il pas, que je sache, sous la procédure formulaire, de témoignage nous montrant un refus d'action fondé sur une *plus petitio*. Nous avons enfin, dans notre texte même, un indice d'après lequel la *plus petitio* ne doit amener l'échec du demandeur qu'*officio iudicis :* il apparaît dans l'expression *causa cadere* qui, à deux reprises, désigne le résultat de cette *plus petitio*, et qui est technique pour exprimer la perte du droit déduit en justice qui frappe *in iudicio* celui qui a trop demandé (2). Lorsqu'un plaideur n'obtient pas du magistrat l'action qu'il sollicite, on ne peut pas dire que *causa cadit*.



J'arrive maintenant à des questions sur lesquelles le texte se prononce moins catégoriquement.

Les plaideurs se trouvent *in iure*, devant le préteur. Est-ce dans la première phase d'une *legis actio per sacramentum in personam?*

On peut, au premier abord, le croire assez naturellement. La *legis actio per sacramentum* est en effet la *legis actio generalis*, celle dont on se sert toutes les fois que la loi n'a pas

(1) Même si le préteur avait, avant la loi Æbutia, le droit de *denegare actionem*, je crois que c'est *in iudicio*, non *in iure* que s'est dénouée l'affaire visée par Gaius, IV, 11.

(2) Just., *Inst.* IV, 6, 33 (sans doute copié sur le passage mutilé de Gaius, IV, 53) : « Si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertinet, *causa cadebat*, id est rem amittebat... ». L'expression *causa cadere* est l'expression technique, puisque c'est elle qu'on explique. Voy. encore Paul, *Sent.*, I, 10; II, 5, 3; *Fragm. Vatic.*, 53. Cf. Cic., *De invent.*, II, 19 : « Prætoriis exceptionibus multæ excluduntur actiones, et ita ius civile habemus constitutum, ut *causa cadat* is, qui non, quemadmodum oportet, egerit ». *Causa cadere* s'entend donc d'une perte du procès résultant du *ius civile*, non d'une intervention du préteur contraire au principe de ce *ius civile*.

indiqué une autre voie de procédure (1). Il n'existe aucun indice permettant de supposer que l'action *rationibus distrahendis* doive s'intenter en une forme exceptionnelle; on peut croire que le pupille fait valoir son droit *per sacramentum*. Or on sait que la *legis actio per sacramentum* s'ouvre *in iure* par une affirmation solennelle de la créance dont le demandeur se dit titulaire. Il l'énonce ordinairement en la forme : *Aio te mihi dare oportere...*, en indiquant peut-être (la question est controversée) la cause de son droit (2). Lorsque l'action s'intente pour une créance portant sur un *certum*, l'affirmation du demandeur indique ce *certum* (P. ex. : *Aio te mihi centum dare oportere*), et la moindre exagération de la demande conduit, d'après les principes formalistes qui gouvernent si étroitement les *legis actiones*, à la faire repousser tout entière (3). Dans l'hypothèse d'une action pénale, comme notre action *rationibus distrahendis*, l'affirmation du droit du demandeur affectait une forme un peu différente. Pour l'imaginer, on peut s'inspirer de la *legis actio* intentée au cas de *furtum nec manifestum*, puisque, je l'ai dit, l'action *rationibus distrahendis* se rattache étroitement à l'action *furti nec manifesti*. D'après le témoignage de Cicéron (4), la *legis actio* intentée pour *furtum nec manifestum* s'ouvrait par une affirmation du demandeur ainsi conçue : *Aio te furtum fecisse*, suivie sans doute de la désignation de l'objet ou des objets volés (5) (P. ex. : *Aio te furtum fecisse pateræ aureæ*). L'action *rationibus distrahendis* devait comporter quelque déclaration analogue. Or, si le demandeur exagérait sa de-

(1) Gaius, IV, 13.

(2) Girard, *Manuel*[4], p. 984 ; 985, n. 1.

(3) C'est la conclusion qu'impose la généralité des termes employés par Gaius, IV, 30 : Ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet. Bethmann-Hollweg, I, p. 149, 19 et Keller-Wach, p. 62, se prononcent en faveur de la possibilité d'une *plus petitio* dans la *l. a. per sacramentum*.

(4) Cic., *De natura deorum*, III, 30, 74.

(5) Cette désignation figure dans la partie correspondante de l'*intentio* de la formule *furti nec manifesti* (Lenel, *Édit*, II, p. 50) : elle a sans doute

mande, et accusait, par exemple, le défendeur d'avoir détourné deux patères d'or, alors qu'il n'en avait effectivement détourné qu'une, il commettait une *plus petitio*.

Est-ce dans cette phase du procès que se place la *plus petitio* qui menace le client d'Hypsæus?

Assurément non. Il y a, pour rejeter cette explication, une raison de texte qui me semble décisive. Les avocats des deux parties plaident, l'un pour demander au magistrat (= *a M. Crasso prætore contenderet*) de faire encourir à son client une *plus petitio*, l'autre pour combattre cette demande. Il y a donc un débat engagé sur l'étendue de la prétention que doit émettre le demandeur, débat que le magistrat doit clore par une décision. Or, nous ne trouvons rien de pareil au début d'une *legis actio per sacramentum*. Les affirmations qui lient l'instance sont l'œuvre personnelle des parties, qui les formulent à leurs risques et périls; elles ne font l'objet d'aucun débat officiel préalable; le magistrat n'a point à contribuer à leur choix (1).

L'anecdote rapportée par Cicéron ne se rapporte donc pas à la phase *in iure* d'une *l. a. per sacramentum*.

figuré aussi dans l'affirmation initiale émise par le demandeur dans la *legis actio*, puisqu'on admet que celle-ci a servi de modèle à l'*intentio* de la formule, et que le préteur s'est borné à en transposer la teneur à la troisième personne (Girard, *Manuel*[4], p. 1009-1010). A plus forte raison doit-on l'admettre si l'hypothèse que j'émets plus bas est vérifiée.

(1) Cela me semble également certain, quel que soit le parti que l'on prenne sur la question générale du rôle du magistrat dans la *legis actio* (Voy., en sens contraires, Girard, *Manuel*[4], p. 9; *Organ. judiciaire*, I, p. 68 et sqq., et Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Zeitsch. der Sav. Stiftung*, XXV (1904), R. A., p. 81-188), car cela résulte directement du passage où Cicéron (*Pro Murena*, 12, 26) décrit la procédure du *sacramentum in rem*. Cicéron montre chaque partie prononçant les paroles traditionnelles de la *vindicatio* et de la *contravindicatio*, avec le concours d'un prudent, sans que le magistrat intervienne; il ajoute : « Prætor interea, ne pulchrum se ac beatum putaret, atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est, etc... ».



Un point doit retenir notre attention. Hypsæus, dit le texte, va libérer le défendeur de l'infamie et des soucis d'un *iudicium tutelæ* (= ne is, pro quo ipse diceret, turpi tutelæ iudicio, atque omni molestia, stultitia adversarii liberaretur). On énerve singulièrement ces expressions si pleines et si précises en entendant seulement par là que le tuteur peut sortir d'un mauvais pas, d'une affaire désagréable. On ne libère que ceux qui ne sont point libres. De fait, notre texte nous présente un défendeur déjà placé dans une situation juridique inférieure : pourquoi, sans cela, insister exclusivement sur l'avantage que pourra lui procurer l'extinction du droit adverse? Ce tuteur, dès le début de l'instance, était-il certain de succomber sans une bévue de la partie adverse? — Nous sommes ainsi amenés à attribuer aux mots *iudicio liberare* leur sens le plus technique. *Iudicium* signifie *jugement* (1), et *iudicio liberare*, *affranchir d'un jugement*. La question litigieuse n'était plus entière, le tuteur était déjà *iudicatus*. Le pupille avait intenté contre lui son action par la voie du *sacramentum*, et il avait triomphé. Le juge avait déclaré *iustum* le *sacramentum* du pupille, *iniustum* celui du tuteur. Et c'est des effets de ce *iudicium* liant désormais le tuteur infidèle que la partie adverse allait maladroitement le libérer.

Nous arrivons donc aux résultats suivants : 1° le défendeur est *iudicatus;* 2° les parties se retrouvent devant le magistrat pour coopérer à une *legis actio;* 3° elles discutent l'affirmation d'un droit qui sera ensuite soumis à un *iudex*, et pourra entraîner une *plus petitio*.

La conclusion se tire d'elle-même. Il s'agit ici d'un *arbitrium liti æstimandæ*. Il faut bien, pour parvenir à l'exécution par la *manus iniectio*, liquider en argent le droit du

(1) Voy. *infrà*, p. 350.

demandeur, qui ne porte pas sans doute sur une *certa pecunia*, et, pour cela, il faut demander au magistrat la nomination d'un *iudex* ou d'un *arbiter*, en la forme d'une *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Nous assistons précisément au débat qui tend à cette nomination.

Telle est, à mon sens, l'hypothèse procédurale dans laquelle se déroule l'anecdote rapportée par Cicéron. Mon interprétation se sépare de celle des rares auteurs qui, d'ailleurs sans justification aucune, ont parlé à ce propos de *iudicis postulatio* (1). Pour eux, l'action *rationibus distrahendis* s'intente tout entière et *ab initio* dans la forme d'une *iudicis postulatio* principale. Je crois au contraire que la question de culpabilité se résout d'abord *per sacramentum*, et que la *iudicis postulatio* n'intervient que comme une procédure complémentaire et accessoire, à titre d'*arbitrium liti æstimandæ*, pour permettre l'exécution.



Cette interprétation me permet de comprendre mieux qu'on ne l'a fait jusqu'à présent l'objet de la *plus petitio* dont parle notre texte. Le demandeur veut comprendre dans sa prétention « plus quam quantum lex in XII Tabulis permiserat »; le défendeur « iniquum putabat plus secum agi quam quod esset in actione ». On voit assez qu'il s'agit d'une *plus petitio re*. Mais sur quoi porte-t-elle?

On a proposé à ce sujet diverses conjectures. L'action *rationibus distrahendis* est au double. On a donc pensé tout d'abord que le pupille voulait réclamer plus que le double : par

(1) P. ex. Bethmann-Hollweg, I, p. 168, n. 20; Rudorff, *Röm. R. G.*, II, p. 82, n. 5; Schmidt, *l° c°*, p. 154, n. 1 ; Greenidge, *The legal procedure of Cicero's time*, 1901, p. 64, n. 4. — D'autres auteurs, comme Ubbelohde, *Zur Geschichte der benannten Realcontracte*, 1870, p. 62, n. 78, qui croient que l'action *rationibus distrahendis* s'intentait *per sacramentum*, mais sans *arbitrium liti æstimandæ*, sont également, je crois, dans l'erreur.

exemple le triple ou le quadruple (1). Mais Karlowa a fait remarquer (2) qu'on peut difficilement croire, — quelque mauvais juriste que fût Hypsæus, — qu'il ignorât le tarif expressément édicté en cette matière par les Douze Tables. Aussi a-t-il proposé une autre interprétation. D'après Ulpien (3), la condamnation au double se calcule, dans notre action, sur la valeur des choses détournées (*æstimatio rei*), non sur le préjudice causé au pupille par le détournement (*quod pupilli intersit*). Hypsæus aurait voulu méconnaître cette règle. Mais cette explication vaut moins encore que la première : car le témoignage d'Ulpien se réfère, non pas à un principe certain pouvant remonter au temps de Cicéron ou de Scævola, mais à une opinion personnelle (« magis esse *arbitror*... »), par laquelle il résout une question controversée. Reste une dernière explication (4) qu'on propose en désespoir de cause : le demandeur réclame le double, dit-on, pour des actes qui ne tombaient point sous le coup de l'action *rationibus distrahendis*. Mais alors il ne s'agit plus d'une *plus petitio*, et que deviennent les affirmations si précises du texte (5)?

(1) C'était le système adopté par les anciens éditeurs de Cicéron, p. ex. par Denys Godefroy (Voy. *M. Tullii Ciceronis opera omnia. Præter hactenus vulgatam Dion. Lambini editionem accesserunt notæ D. Gothofredi*, Genevæ, 1633, apud Petrum et Jacobum Chouët, I, p. 177). Lenel s'y ralliait encore dans la première édition (allemande) de son *Edictum perpetuum*, p. 256, 10.

(2) Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 281.

(3) Ulpian., *XXXVI ad Ed.*, *Dig.*, XXVII, 3, fr. 1, 20 : Considerandum est in hac actione, utrum pretium rei tantum duplicetur, an etiam quod pupilli intersit. Et magis esse arbitror in hac actione quod intersit non venire, sed rei tantum æstimationem. C'est aussi Ulpien qui a tranché cette difficulté pour le *furtum*. Ulpian., *XXXVII ad Ed.*, *Dig.*, XLVII, 2, fr. 50, pr.

(4) Hartmann-Ubbelohde, *Der Ordo iudiciorum und die Iudicia extraordinaria der Römer*, 1886, p. 452, n. 40a. Lenel s'est rallié à cette conjecture dans la 2e édition (française) de l'*Édit perpétuel*, II, p. 40, n. 4.

(5) Lenel, *l. c.* : « A la vérité, cette hypothèse ne s'accorde pas complètement avec le langage de Cicéron, puisqu'alors nous ne serions point en

Il me semble qu'une autre interprétation s'impose. Il ne faut pas aller la chercher très loin : il suffit de lire avec soin notre passage. L'objet de la *plus petitio* y est désigné de deux façons différentes :

1° D'une façon générale : le pupille demande *plus quam quantum lex in XII Tabulis permiserat.* La loi lui accorde, on le sait, *deux fois* la valeur *des choses détournées.* Une *plus petitio re* ainsi définie peut donc porter soit sur le tarif de la *pœna* (ce qui paraît invraisemblable, nous l'avons dit), soit sur la consistance du détournement.

2° D'une façon plus précise : le pupille demande *plus... quam quod esset in actione.* Je ne crois pas que cette proposition double inutilement la précédente. *Actio* désigne, dans son sens technique, une *legis actio.* De quelle *legis actio* s'agit-il? Est-ce de la *iudicis postulatio* qui commence? Non, car dans celle-ci, rien n'est encore déduit *in actione*, puisqu'on discute précisément pour savoir ce qu'on y mettra. Il s'agit donc uniquement du *sacramentum* initial, qui vient de se terminer. Donc le pupille demande « plus qu'il n'y avait dans la *legis actio per sacramentum* ». Ceci devient plus clair. Le tuteur a perdu son *sacramentum*, et désormais le droit qu'affirmait le pupille au début de l'instance est juridiquement établi. Le pupille avait dit, par exemple [1] : « Aio te furtum fecisse pateræ aureæ » : dorénavant le fait du détournement et sa consistance ne peuvent plus faire l'objet d'une contestation. L'*arbitrium liti æstimandæ* doit nécessairement fonctionner sur ces bases. Mais que le pupille s'avise, au début de la *iudicis postulatio*, de vouloir faire porter l'*arbitrium* sur d'autres valeurs (deux patères d'or par exemple), il demande *plus quam quod erat in actione;* il commet

présence d'une *plus petitio*. Mais ne saurait-on admettre qu'il se soit servi d'une expression impropre? »

(1) Toutes réserves faites, d'ailleurs, sur la teneur *réelle* de la demande dans l'action *rationibus distrahendis;* elle peut différer en effet quelque peu de la teneur de la demande dans l'action *furti nec manifesti*, que je prends pour modèle.

une *plus petitio*. Il sera débouté du tout par le *iudex* de l'*arbitrium liti æstimandæ*, et ne pourra pas renouveler son action.

On conçoit d'ailleurs qu'Hypsæus ait pu se tromper sur ce point, en l'absence d'un texte législatif prescrivant de calquer la prétention à émettre dans l'*arbitrium liti æstimandæ* sur l'affirmation du droit émise dans la *l. a. sacramenti* initiale. L'erreur se comprend mieux ainsi que si elle portait sur le tarif de la *pœna*. Elle suppose cependant assez d'ignorance de la pratique judiciaire pour que Scævola, et, après lui, les interlocuteurs mis en scène par Cicéron, aient pu la discerner au premier coup d'œil.



Résumons les résultats auxquels nous sommes parvenus sur la phase *in iure* de l'*arbitrium liti æstimandæ*. Les parties ne se bornent pas à demander au magistrat de nommer un *iudex*, elles discutent devant lui, et lui soumettent la teneur de la question qui sera déférée à ce *iudex*, et c'est le magistrat qui, sur leurs indications, en arrête définitivement les termes (1).

L'existence d'une sorte de programme — oral ou écrit, peu importe (2) — servant à guider l'activité du juge, n'a rien qui

(1) Il ne faut donc pas confondre ce programme avec les paroles solennelles par lesquelles, d'après Valerius Probus, s'ouvre la *l. a. p. iudicis postulationem* : « Te prætor iudicem arbitrumve postulo uti des ». Je crois que beaucoup de restitutions (p. ex., Rudorff, *Röm. R. G.*, II, p. 82) ont amalgamé des choses bien différentes en réunissant dans un même contexte ces paroles solennelles avec ce qui devait former la *demonstratio* ou l'*intentio* du programme déféré au *iudex*.

(2) Ce programme a dû affecter la même forme matérielle que la formule de l'époque postérieure : écrit si, comme on l'admet communément, elle était écrite ; oral si, comme l'ont soutenu Kübler, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XVI (1895), R. A., p. 179-181, et Schlossmann (*Litiscontestatio*, 1905, p. 28 et sqq ; *Præscriptiones und præscripta verba*, 1907), elle était orale. S'il était établi que le discours de C. Titius *pro lege Fannia* (cité par Ma-

doive surprendre. Il est trop évident que le juge saisi de l'*arbitrium liti æstimandæ* doit être informé de la question qu'il doit résoudre. Comment pourrait-il, sans cela, faire son estimation ? Car ce juge n'est pas ordinairement le même que celui du procès principal : cette identité ne se concevrait même pas lorsque le procès principal a été déféré à un collège, par exemple aux centumvirs (et tel est peut-être le cas pour l'action *rationibus distrahendis*) (1), ou lorsque la *litis æstimatio* requiert l'intervention d'un spécialiste, d'un expert, *arbiter* plutôt que *iudex*. Il est non moins évident qu'on ne peut se reposer sur les seules parties du soin de faire connaître au juge sa mission : elles n'offrent pas pour cela assez de garanties de sincérité ; en face d'allégations divergentes du demandeur et du défendeur, le juge resterait souvent dans l'embarras ; il arriverait même forcément qu'on remettrait en

crob., *Sat.*, II, 12 ; Meyer, *Oratorum romanorum fragmenta*², 1842, p. 204-205 ; cf. la traduction de Mommsen, *Röm. Gesch.*, II⁶, p. 403) mentionnât, sous le nom de *litteræ* et *tabulæ*, le programme écrit qui fixe la mission d'un *iudex*, il faudrait nécessairement rapporter cette mention, non à la procédure formulaire, mais au système de l'*arbitrium liti æstimandæ*. Cela résulte d'un rapprochement chronologique. Nous connaissons la date de la loi *Fannia sumptuaria*, qui se place en 593-161. L'*oratio* de C. Titius ne peut être postérieure à cette date (Les doutes élevés sur ce point, en se fondant sur les prétendues contradictions des témoignages biographiques relatifs à C. Titius, sont fort justement écartés par Meyer, *Orat. fragm.*², p. 203, et Schanz, *Gesch. der römischen Litteratur*, I³, p. 185). Or la loi *Æbutia* se place, d'après la démonstration de M. P. F. Girard, après 605-139. Il aurait donc existé, avant la procédure formulaire, un programme *écrit* délivré au *iudex* de l'*arbitrium liti æstimandæ*. — Mais l'interprétation des *tabulæ* dont parle le texte, dans le sens d'un programme écrit employé dans un procès privé, reste contestable. Admise en dernier lieu par Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, 1903, p. 15, elle a été repoussée par Meyer, *Orat. fragm.*², p. 206, par Kübler, *l° c°*, et par Schlossmann, *Praescriptiones*, p. 4, n. 1. La question me paraît à peu près insoluble.

(1) Au dire de Cicéron (*De orat.*, I, 38, 173), les centumvirs connaissent des *tutelarum iura*. Cela comprend-il l'action *rationibus distrahendis ?* Il n'y a pas de raisons décisives d'en douter. Voy. pourtant Wlassak, *Processgesetze*, I, p. 88.

cause la question déjà tranchée *per sacramentum*. Pour éviter ces dangers, il faut donc que le magistrat contrôle et accepte le programme que les parties tracent au *iudex*. Notre texte nous décrit ce système en plein fonctionnement.

Que comprend le programme en question?

Il y a d'abord, notre texte le prouve, une sorte d'*intentio*. Dans cette *intentio* figure en première ligne l'indication du résultat établi par la *l. a. per sacramentum* initiale.

Mais ce n'est pas tout. L'*intentio* doit comprendre quelque chose de plus, et indiquer au *iudex* quelle conséquence juridique il devra tirer de cette première prétention désormais établie. Pour bien faire saisir ceci, il me faut prendre un exemple. Je ne puis raisonner sur l'action *rationibus distrahendis*, trop mal connue. Mais je puis me servir des renseignements plus abondants que nous possédons sur l'action *furti nec manifesti*. Les deux actions sont si voisines que les différences de procédure qui les séparent ne peuvent guère porter sur des points essentiels. Comme l'action *rationibus distrahendis*, l'action *furti nec manifesti* a dû s'intenter *per sacramentum* (1), et se poursuivre *per iudicis postulationem* pour l'estimation de la condamnation au double (2). Or, dans la *l. a. p. sacramentum*, le volé disait : « Aio te furtum fecisse pateræ aureæ », ou quelque chose d'approchant. Mais il ne

(1) En ce sens, Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 749. Je pourrais aussi alléguer ici l'analogie de la procédure en matière de *repetundæ* : d'après les lois Calpurnia (605) et Julia, on agissait en cette matière *per sacramentum*, et la condamnation était liquidée au moyen d'un *arbitrium liti æstimandæ*. Voy. la *l. Acilia repetundarum*, l. 58-60; Girard, *Textes*[3], p. 41; *Date de la loi Æbutia*, p. 282 et sqq.

(2) Mommsen, *Röm. Strafrecht*. p. 753, n. 4. Cf. p. 442, n. 2. Bien entendu je ne tiens aucun compte des restitutions des dispositions des Douze Tables sur le *furtum manifestum* qui réunissent dans un même précepte le *si adorat furto* et le *duplione damnum decidito*. Par ex. Schöll, *XII Tabularum reliquiæ*, VIII, 16, p. 147 ; Bruns, *Fontes juris romani*[6], VIII, 16, p. 32; Voigt, *XII Tafeln*, VII, 3, t. I, p. 717 ; Nikolsky, *XII Tablitz*, VII, 6, p. 10; Dirksen avait évité cet écueil : *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung der Zwölf-Tafel-Fragmente*, p. 459, 587, 736.

demandait pas, à ce moment, la *pœna* du double que les Douze Tables lui accordaient (1); car le *iudex* du *sacramentum* ne pouvait que déclarer son enjeu *iustum* ou *iniustum;* il ne pouvait pas estimer la composition (*damnum duplione decidere*), encore moins prononcer une condamnation. On recourait donc à un *arbitrium liti æstimandæ*. Que faisait-on connaître à l'arbitre? D'abord le fait délictueux établi *per sacramentum*, c'est-à-dire *A° A° a N° N°... furtum factum esse pateræ auræ;* puis la conséquence juridique qu'il fallait en tirer : *quam ob rem Nm Nm pro fure damnum decidere oportet.* Voilà ce que devait comprendre l'*intentio* du programme soumis à l'arbitre *liti æstimandæ*. Sans une formation de ce genre, on n'arrive pas à expliquer la structure de l'*intentio* de l'action *furti nec manifesti* formulaire. D'après la restitution de Lenel (2), — très sûre dans ses parties essentielles (3), — cette *intentio* est ainsi conçue : *Si paret A° A° a N° N°... furtum factum esse pateræ aureæ, quam ob rem Nm Nm pro fure damnum decidere oportet.* Cette *intentio* pose à la fois une question de fait et une question de droit; on pourrait presque dire qu'elle est à la fois *in factum* et *in ius* (4); et pourtant il s'agit là d'une ancienne *actio legitima.* Je ne trouve guère d'autre explication de cette singularité que le dualisme originaire des procédures auxquelles correspondaient ces deux parties.

Si cela est vrai, on pourra inversement conclure à l'existence d'un *arbitrium liti æstimandæ* ancien toutes les fois qu'on rencontrera pour une action formulaire d'origine civile, une *intentio* analogue à celle que je viens de citer. Tel est certainement le cas pour l'action *aquæ pluviæ arcendæ*, dont l'*intentio*, d'après Lenel (5), s'énonce ainsi : *Si paret opus*

(1) En ce sens, Rudorff, *Röm. R. G.*, II, p. 78. *Contra :* Keller-Wach, p. 76, n. 220; Bethmann-Hollweg, I, p. 172, n. 15; Karlowa, *Röm. Civilprozess*, p. 114-115; Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, 1874, p. 436, n. 225.

(2) Lenel, *Édit perpétuel*, II, p. 50.

(3) Puisqu'elle est basée sur le texte formel de Gaius, IV, 37.

(4) Cf. Lenel, *Édit*, II, p. 107, n. 5.

(5) Lenel, *Édit*, II, p. 107. Karlowa, *Röm. R. G.*, II, p. 490, a précisément

factum esse in agro Capenate, unde aqua pluvia agro Ai Ai noceret, quam ob rem Nm Nm eam aquam Ao Ao arcere oportet. La première partie (avant *quam ob rem*) correspond à la prétention émise dans la *l. a. per sacramentum* : on devait trancher *per sacramentum* la question de savoir si des travaux faits *in agro Capenate* avaient nui au champ du demandeur. Après quoi s'ouvrait un *arbitrium liti æstimandæ* dans lequel le *iudex* ordonnait au défendeur d'*aquam arcere*, et, au cas de désobéissance, le condamnait à une somme d'argent.

Je ne veux pas ajouter à ces hypothèses d'autres hypothèses que je ne pourrais, du moins dans le cadre restreint de cet article, rendre suffisamment vraisemblables. Je me borne à indiquer qu'à mon sens la partie du programme *liti æstimandæ* qui représentait l'affirmation introductive du *sacramentum* initial a dû parfois se transformer en *demonstratio* dans la procédure formulaire. De là le principe admis par certains auteurs, et rapporté par Gaius [1], d'après lequel il y a certaines actions (action *depositi*, action *iniuriarum*, et en général actions infamantes) dans lesquelles une *demonstratio* exagérée entraîne une véritable *plus petitio*. Gaius, il est vrai, critique ce principe, et ne consent à l'admettre que pour les actions dans lesquelles la *demonstratio* fait corps avec l'*intentio* (p. ex. formule *depositi in factum*). Mais cette manière de voir, si elle s'accorde évidemment mieux avec le droit de son temps, laisse subsister intacts les témoignages qu'il rapporte, et ne les explique pas. Il faut bien supposer, pour qu'une *demonstratio* exagérée entraîne l'extinction du droit déduit en justice, que cette *demonstratio* représente une ancienne *intentio* transformée. Et telle est sans doute l'origine de la *demonstratio* dans l'action *iniuriarum æstimatoria* (avant l'édit du préteur, l'action *iniuriarum* s'intentait *per sacra-*

reproché à cette reconstruction son *intentio* mi-partie *in ius*, mi-partie *in factum*, bien à tort, je crois, car les témoignages sur lesquels elle s'appuie sont fort nets.

(1) Gaius, IV, 60.

mentum suivi, dans un cas au moins, d'*arbitrium liti æstimandæ*) (1), dans l'action *depositi in ius* (car la *demonstratio* et l'*intentio depositi in ius* ont dû être empruntées à l'ancienne procédure de l'action de dépôt au double consacrée par les Douze Tables) (2), et peut-être dans d'autres actions infamantes qui se rattachent à l'ancien droit civil.

°°°

Le programme tracé au *iudex liti æstimandæ* devait comprendre, outre l'espèce d'*intentio* dont je viens de parler, une clause de condamnation (3). Le *iudex* avait en effet le

(1) L'action civile intentée à raison d'une *iniuria* simple ou à raison d'un *os fractum* ne comportait sans doute pas de *litis æstimatio* : elle tendait au paiement d'une composition fixe de 25, 300 ou 150 as, donc d'une *certa pecunia*. Immédiatement après le jugement sur le *sacramentum*, le demandeur pouvait faire *manus iniectio*. Mais l'action intentée pour *membrum ruptum* tendait encore à l'application du talion. Nous ignorons comment le demandeur en obtenait originairement l'exécution. Mais, à la veille de la création de l'action *iniuriarum æstimatoria*, le litige aboutissait à un *arbitrium liti æstimandæ*. « Si reus, qui depecisci noluerat, dit Gell., *N. A.*, XX, 1, 38, iudici talionem imperanti non parebat, æstimata lite iudex hominem pecuniæ damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniæ multam redibat ». Le *iudex* dont il s'agit ici n'est évidemment pas le préteur (comme l'a cru Bethmann-Hollweg, I, p. 170, 5 ; mais cf. Wlassak, *Processgesetze*, II, p. 291, 16) ; ce n'est pas le *iudex* de la *l. a. per sacramentum*, qui n'a le droit, ni d'ordonner quelque chose au défendeur, ni de le condamner. Ce ne peut être que celui d'un *arbitrium liti æstimandæ* : le texte ne vise que le cas d'un défendeur *iudicatus*; il ne parle que d'*æstimare litem*, non de juger le procès au fond, et les mots *æstimare litem* sont techniques. — Il est assez naturel que l'action d'injures estimatoire s'appliquant à toutes les *iniuriæ* ait subi l'influence de l'unique action estimatoire s'appliquant à une *iniuria* qualifiée qui existât jusque-là.

(2) Paul., *Coll.*, 10, 7, 11. Je me réserve d'indiquer, dans de prochaines *Études sur le furtum*, les vraisemblances qui militent en faveur de cette opinion.

(3) Je ne dis pas une *condemnatio*, la partie de la formule ainsi nommée

pouvoir de condamner : on en a la preuve pour deux des actions (action *furti nec manifesti;* action *iniuriarum* intentée au cas de *membrum ruptum*) qui, à mon sens, comportaient un *arbitrium liti æstimandæ*(1), et on peut l'admettre sans difficulté pour les autres (2). La mission de condamner, qui ne lui appartient pas nécessairement, puisque le *iudex* du *sacramentum* ne l'a pas, doit lui être expressément donnée dans le programme qui lui est remis. Enfin ce programme peut comprendre aussi une sorte de clause arbitraire. La preuve en résulte du texte d'Aulu Gelle sur l'action *iniuriarum* intentée au cas de *membrum ruptum* : le *iudex* ordonne au défendeur de subir le talion, et ne le condamne à l'*æstimatio litis* que si ce défendeur n'obéit pas. D'une façon générale, le *iudex liti æstimandæ* peut recevoir la mission d'ordonner au défendeur d'accomplir un certain acte (fait matériel, prestation, etc.) et de ne le condamner pécuniairement qu'en cas de désobéissance. Une clause arbitraire de ce genre figurait nécessairement dans le programme de l'*arbitrium* par lequel se terminait l'action *aquæ pluviæ arcendæ*.

On parvient ainsi à des conclusions qui ne manquent pas d'intérêt.

On est d'abord frappé des ressemblances qui existent entre

donnant au juge, non seulement le pouvoir de condamner, mais aussi celui d'absoudre.

(1) Pour l'action *iniuriarum*, voy. *suprà*, p. 338, n. 1 : æstimata lite iudex hominem *pecuniæ damnabat*... Pour l'action *furti nec manifesti*, Cato, *De Re Rustica*, *præf.* : maiores nostri... in legibus posuerunt furem dupli *condemnari*. Du moment où ces deux actions s'intentent par un *sacramentum* suivi d'*arbitrium liti æstimandæ*, la question posée par M. Girard, *Org. jud.*, I, p. 90, n. 3-4, se trouve résolue par les textes précités.

(2) L'argumentation décisive est fournie par M. P. F. Girard, *Org. jud.*, I, p. 91, n. 2. Voy aussi Wlassak, *Zeitschr. der Sav.-Stiftung*, XXV (1904), R. A., p. 182. Mais M. Girard étend les effets de sa démonstration à tous les cas de *iudicis postulatio* et à la *l. a. per condictionem* (Cf. *Manuel*[4], p. 987 et 988). Or les témoignages qu'il admet comme probants ne s'appliquent qu'à des actions qui, pour nous, aboutissent à un *arbitrium liti æstimandæ*.

le débat engagé *in iure* dans l'*arbitrium liti æstimandæ*, et le débat engagé *in iure* dans la procédure formulaire avant la délivrance de la formule. Dans un cas comme dans l'autre, les parties demandent au magistrat de nommer un *iudex* ou un *arbiter*; dans un cas comme dans l'autre, elles discutent la teneur du programme qui sera soumis au *iudex*. Enfin ce programme lui-même et la formule ont beaucoup d'éléments communs : nomination du *iudex*; *intentio*; clause de condamnation; éventuellement *clausula arbitraria*, sans compter d'autres éléments possibles sur lesquels nous ne sommes pas renseignés. La différence essentielle réside en ce que l'*intentio* du programme *liti æstimandæ* n'est pas conditionnelle, puisque la question fondamentale qu'elle pose a été déjà tranchée *per sacramentum*; et le *iudex*, une fois vérifiée l'identité matérielle de cette question avec celle qui a été tranchée *per sacramentum*, n'a que la mission de condamner; il n'a pas celle d'absoudre (1). Le programme de l'*arbitrium liti æstimandæ* ne nous offre rien d'analogue à l'alternative de la formule : *si paret... condemna; si non paret... absolvito* (2).



Ce que j'ai dit jusqu'à présent s'applique à l'*arbitrium liti æstimandæ* seul. On peut se demander si une *iudicis postulatio* intentée par voie principale, et ne se rattachant pas à une *l. a. per sacramentum*, ne comportait pas, pour le *iudex*, avec le pouvoir d'examiner au fond la question de droit à lui soumise, la faculté d'absoudre aussi bien que de condamner.

Mais existe-t-il, selon toute vraisemblance, beaucoup d'applications de cette *iudicis postulatio* indépendante?

(1) Remarquons, pour prévenir toute ambiguïté, qu'il peut arriver exceptionnellement que le *iudex liti æstimandæ* ne condamne pas : tel eût été le cas, dans l'espèce du *De oratore*, si le demandeur, client d'Hypsæus, avait encouru la *plus petitio*. Mais le *iudex liti æstimandæ* n'a pas le pouvoir d'absoudre, au sens technique du mot. Cf. *infra*, p. 342, 1; p. 346-348.

(2) Girard, *Org. jud.*, I, p. 90, n. 3-4.

Je crois ces applications beaucoup moins nombreuses qu'on ne l'admet communément, et, surtout, qu'on ne l'admettait autrefois (1). Si des cas certains de *iudicis postulatio* (2) nous retranchons ceux que nous avons attribués à l'*arbitrium liti æstimandæ*, il ne reste en effet pour la *iudicis postulatio* principale que les actions en bornage (*a. finium regundorum*) et en partage (*a. familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*). Ce sont les seules dans lesquelles on ne puisse soupçonner aucune trace d'un *sacramentum* initial.

Cela s'explique facilement. Les actions en bornage et en partage sont des *iurgia*, c'est-à-dire des contestations d'un ordre amiable qui naissent entre parents ou entre voisins (3). Dans la préhistoire romaine, ces questions ne relevaient sans doute que du droit interne de la *gens* ou de la famille; elles ne pouvaient entraîner, de famille à famille, ces guerres et ces vengeances privées dont est sortie la procédure proprement dite. Lorsque la justice privée se régularisa, donnant naissance à certaines formes procédurales qui, comme le *sacramentum*, ne sont qu'une représentation symbolique d'un combat (4), elle ne dut pas, de longtemps, s'appliquer aux *iurgia*. La différence pratique entre la *lis* et le *iurgium* des temps historiques paraît donc se ramener à ce que la *lis* s'intente *per sacramentum*, la *iudicis postulatio* ne pouvant y intervenir que comme procédure d'estimation accessoire, tandis que le *iurgium* s'intente par *iudicis postulatio* principale. Et on remarquera qu'il n'est jamais question, dans les textes, que de *litis æstimatio* (non de *iurgii æstimatio*).

Or la formule ancienne des actions *familiæ erciscundæ* et

(1) Voy. p. ex. Huschke, *Die Multa und das Sacramentum*, p. 394 et sqq., qui y rattachait à peu près toutes les actions.

(2) Voy. l'énumération de ces cas dans Girard, *Manuel*[4], p. 987, 5.

(3) Voy. les textes cités par Karlowa, *Röm. Civilprozess*, p. 5 et sqq.; Girard, *Org. jud.*, I, p. 95, n. 4; Audibert, *L'évolution de la formule des actions familiæ erciscundæ et communi dividundo*. *Mélanges Appleton*, 1903, p. 7.

(4) Girard, *Manuel*[4], p. 334.

communi dividundo, — celle qui tendait seulement à la *divisio rei*, non au paiement des *præstationes*, — ne devait pas comprendre, M. Audibert l'a établi (1), de clause d'absolution (= *si non paret*, *absolvito*), et ce résultat doit s'étendre, pour des raisons identiques, à la formule de l'action *finium regundorum*. Le programme tracé au *iudex* de la *iudicis postulatio* qui servait à intenter anciennement ces actions ne devait donc aussi comprendre qu'une clause de condamnation, sans clause symétrique d'absolution.

Existe-t-il d'autres cas de *iudicis postulatio* indépendante? Nous sommes réduits sur ce point à des conjectures. Je crois qu'on ne peut, à cet égard, rien tirer de décisif du texte de Gaius (2), d'après lequel on pouvait agir *aut sacramento aut per iudicis postulationem* dans les cas où l'on a pu intenter plus tard la *l. a. per condictionem*, c'est-à-dire *de eo quod nobis dari oportet*. Le *sacramentum* en effet servait évidemment à sanctionner les mêmes créances (*certa pecunia* ou *certæ res*) que la *l. a. per condictionem*. Mais la *iudicis postulatio* avait-elle la même largeur d'application? 1° S'appliquait-elle aux créances de *certa pecunia?* Je ne le crois pas, parce que, dans cette fonction, son utilité serait fort problématique. Elle ne servirait pas, cela va de soi, à titre de procédure accessoire d'estimation. Elle ne se justifierait pas davantage comme procédure indépendante, concurrente du *sacramentum* : car ses avantages sur le *sacramentum* ne pourraient être que des avantages de procédure (plus de simplicité et de rapidité, moins de formalisme, etc.) : mais, si elle présentait déjà tous ces avantages, pourquoi aurait-on créé la *condictio* de la loi *Silia?* 2° S'appliquait-elle aux créances de *certæ res* comme

(1) Audibert, *l° c°*, p. 22-23. — Il va de soi, d'ailleurs, que l'absence d'une clause d'absolution ne contraint pas le *iudex* à condamner à une prestation pécuniaire tous les communistes en cause ou certains d'entre eux : ici encore se révèle la différence qui existe entre *ne pas condamner* et *absoudre*.

(2) Gaius, IV, 20 : « Quare autem hæc actio (*i. e.* legis actio per condictionem) desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento, aut per iudicis postulationem agere, valde quæritur ».

procédure indépendante ? Le raisonnement que je viens de faire s'applique encore ici : à quoi bon, si la *iudicis postulatio* se distinguait déjà du *sacramentum* par une procédure plus expéditive et plus facile, créer la *condictio* de la loi *Calpurnia?* Il ne reste donc qu'un parti possible (1) : la *iudicis postulatio* ne s'appliquait aux créances de *certæ res* que comme procédure accessoire, comme *arbitrium liti æstimandæ* suivant un jugement ou une *confessio in iure* (2). Le texte de Gaius ainsi entendu signifie que l'on pouvait anciennement agir *per sacramentum* (suivi ou non de *iudicis postulatio*) dans tous les cas où l'on a pu agir plus tard *per condictionem*.

Quoi qu'il en soit, et même si mon interprétation de ce texte énigmatique n'écarte pas tous les doutes, je ne crois pas qu'on puisse en tirer aucun argument contre les résultats auxquels je suis parvenu jusqu'ici, à savoir qu'il y avait dans la *iudicis postulatio* un programme discuté par les parties et délivré par le magistrat, pour fixer les pouvoirs du *iudex*, et que ce programme, qui comprenait au moins une *intentio* et une clause de condamnation, ne comprenait pas de clause d'absolution.



Je ne veux pas dès maintenant, et sur les bases étroites où je me suis volontairement placé, formuler des conclusions

(1) Sur d'autres façons d'entendre ce texte, voy. Schmidt, *l° c°*, p. 151 ; Wlassak, *Processgesetze*, I, p. 105 ; cf. II, p. 2, n. 3.

(2) On remarquera que mon interprétation coïncide pour partie avec la nouvelle et ingénieuse hypothèse de Wlassak (*Zeitschr. d. Sav.-Stiftung*, XXV (1904), *R. A.*, p. 165-166), pour qui la *iudicis postulatio* dont parle Gaius est celle qui s'applique au cas de *confessio certæ rei*. On peut agir, pour les créances de *certæ res, aut sacramento* (lorsque le défendeur conteste la prétention du demandeur), *aut per iudicis postulationem* (lorsqu'il fait *confessio in iure*). — Cette interprétation aboutit, somme toute, au même résultat que la mienne, puisque la *iudicis postulatio* dont parle Gaius n'est, dans l'une comme dans l'autre, qu'une procédure accessoire, qui suit une *legis actio per sacramentum*.

définitives. Il me semble pourtant que l'on devra admettre avec moi que la *iudicis postulatio*, surtout dans la forme de l'*arbitrium liti æstimandæ*, a dû exercer une réelle influence sur la genèse des actions formulaires postérieures. Il a suffi d'une modification, insignifiante en la forme, mais considérable dans ses conséquences, pour que le programme tracé au *iudex* de l'*arbitrium liti æstimandæ* se transformât en formule : il a suffi que l'on dispensât les parties de mettre en mouvement la procédure initiale du *sacramentum*, et qu'on donnât au *iudex liti æstimandæ* le pouvoir d'examiner au fond la question de l'existence du droit litigieux. C'est peut-être la loi *Æbutia* qui a autorisé les parties à employer, si elles le voulaient, cette procédure simplifiée (1), sans supprimer pour cela la procédure ancienne qui a survécu jusqu'aux *leges Juliæ* (2). — Quant au moyen pratique de réaliser cette réforme, il a suffi de présenter la prétention du demandeur, dans le programme qu'on traçait au *iudex*, sous une forme conditionnelle (= *si paret... condemna*), et d'y ajouter la clause d'absolution (= *si non paret, absolvito*).

Cette innovation, d'apparence si modeste, a laissé, ce me semble, des traces dans la terminologie. Je m'étonne qu'on ne les ait pas encore relevées. Elles apparaissent dans l'évolution sémantique des mots *condemnatio*, *absolutio* et *iudicium*. On sait que, dans la procédure formulaire, la partie de la formule qui donne au *iudex* le pouvoir de condamner ou d'absoudre porte le nom unique de *condemnatio*. Pourquoi pas

(1) On connaît le texte de Gaius, IV, 30-31 : « Per legem Æbutiam et duas Julias sublatæ sunt istæ legis actiones, effectumque est ut per concepta verba, id est per formulas litigemus ». Avant l'innovation réalisée par la loi Æbutia, il y avait bien dans la *iudicis postulatio* des *concepta verba*, une sorte de formule (orale ou écrite), mais il ne pouvait être question de LITIGARE *per concepta verba,* puisque l'*arbitrium liti æstimandæ* et même la *iudicis postulatio* indépendante ne servaient point à trancher la question litigieuse fondamentale de chaque procès.

(2) Mon hypothèse s'accorde aisément dans tout ce qu'elle a d'essentiel avec la théorie bien connue de Wlassak sur la portée de l'innovation réalisée par la loi Æbutia.

un nom double, un asyndeton, — *condemnatio absolutio* par exemple, — selon l'usage de la langue juridique romaine lorsqu'il s'agit de désigner un acte double (*emtio venditio*, *locatio conductio* par exemple)? Ou bien, si l'on estime que l'asyndeton s'applique mal à une clause alternative, pourquoi pas au moins un nom où se marquent les deux issues possibles de l'instance? Nous sommes obligés d'admettre que la deuxième partie de la *condemnatio* n'y a pas toujours figuré, et que la *condemnatio* formulaire a sa source dans une clause d'une procédure plus ancienne où le *iudèx* n'avait que le pouvoir de condamner.

Et en effet, *jamais* les mots *absolvere*, *absolutio* ne se rencontrent, avec leur sens technique d'*absoudre*, *absolution*, dans les textes relatifs à des procès privés, avant l'époque où la procédure formulaire existe certainement. Je puis ici m'appuyer avec sécurité sur le dépouillement intégral de textes contenu dans le *Thesaurus linguæ latinæ* (1). En m'y reportant, je peux constater qu'*absolvere* n'a pas d'autre sens, au VIe siècle, que *délivrer*, *cesser de retenir* (2). Les premiers exemples d'une *absolution*, au sens technique du mot, dans des affaires privées, sont fournis par la loi *Acilia repetundarum* (de 631 ou 632) (3) et par la *Rhétorique à Héren-*

(1) *Thesaurus linguæ latinæ*, vis *Absolvere* et *Absolutio*, I, col. 173 et sqq.; col. 181 et sqq.

(2) Voy. Plaut., *Amph.*, 1097; *Aul.*, 517-520; *Curc.*, 454; *Epid.*, 466; 631; *Most.*, 652; 839; *Men.*, 780 : nusquam equidem quicquam deliqui; hoc primum *te absolvo* (= je commence par te délivrer de ce souci); Ter., *Ad.*, 281; 277 : ergo ad forum ibo, ut hunc *absolvam* (= pour que je me débarrasse de cet homme en le payant); et Plaut., *Pseud.*, 1231 : peregrinos *absolvam*, cras agam cum civibus. Costa, *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 457, a eu le tort de rapporter ce dernier texte à une absolution véritable en matière civile : or les mots *peregrinos absolvam* sont prononcés par le marchand d'esclaves Ballion, qui ne joue point un rôle de *iudex*, et parle en son nom privé.

(3) *L. Acilia repetundarum*, l. 55 : is ex hace lege eius rei *apsolutus esto*; l. 56 : (quei ex h. l. condemnatus) *aut apsolutus erit*. Que je puisse parler ici d'une affaire privée, c'est ce qu'a établi M. Girard, *Date de la loi Æbutia*, p. 282 et sqq.

nius (1) (à propos d'une action d'injures qui se place peu avant l'année 651) (2).

Peut-être même peut-on tirer de l'étude du mot *Absolvere* quelque chose de plus. *Ab-solvere* signifie proprement *délier*. On ne délie que ce qui est lié; on ne libère que ce qui n'est pas libre. L'emploi du mot *solvere*, dans la langue juridique ancienne, se limite à la libération d'un *damnatus* ou d'un *iudicatus* (3). Mais une partie plaidant dans une *legis actio per sacramentum* est-elle considérée comme liée, tant que le *iudicium* n'est pas intervenu? Assurément non : il ne paraît pas que le *iudex* du *sacramentum* ait à absoudre celle des deux parties dont le *sacramentum* est déclaré *iustum* (4); et l'on comprend assez qu'on ne puisse parler d'absolution là où il n'y a pas, au sens précis du mot, de demandeur et de défendeur jouant des rôles différents, ce qui est le cas, comme on sait, pour le *sacramentum*. Ces observations trouvent un appui solide dans la comparaison de la procédure civile avec la procédure criminelle. Pour la procédure criminelle comme pour la procédure civile, les témoignages attestant l'existence d'une absolution n'émanent guère (5) d'auteurs antérieurs au viie siècle, bien que se référant parfois à des procès (le procès d'Horace, par exemple) beaucoup plus anciens (6). Or l'examen de ces témoignages prouve que les *quæstores parricidii* et les *IIviri perduellionis* pouvaient bien *ne pas condamner*, mais qu'il n'est point question pour eux d'*absoudre*. Pour les duumvirs

(1) *Auct. ad Herenn.*, II, 13, 19 : C. Cœlius iudex *absolvit* iniuriarum eum, qui Lucilium poetam in scena nominatim læserat.

(2) Huvelin, *La notion de l'iniuria*, p. 34.

(3) Huvelin, *Les Tablettes magiques et le droit romain* (Extr. des *Annales internationales d'histoire*), 1901, p. 50 et sqq.

(4) Girard, *Org. jud.*, I, p. 91, n° 1.

(5) Je ne trouve qu'un seul témoignage du vi^e^ siècle qu'on puisse à la rigueur rapporter à une *absolutio* en matière criminelle. C'est le vers 1231 du *Pseudulus* de Plaute (ci-dessus), p. 328, n. 2, si on le rapproche du vers suivant : Pseudulus mihi centuriata capitis habuit comitia. Encore cette interprétation est-elle plus que douteuse.

(6) Voy. *Thes. ling. lat.*, I, col. 174 et sqq.

nous possédons même un texte de Cicéron qui exclut formellement l'idée d'une *absolutio* (1). Au contraire la faculté d'absoudre est fréquemment attribuée aux comices. C'est qu'en effet les comices ne connaissent des procès criminels qu'en vertu du système de la *provocatio ad populum*; ils jouent le rôle (ou, plus exactement, ils sont réputés jouer le rôle) d'un juge d'appel (2). Le prévenu qui comparaît devant eux est déjà *damnatus* ou réputé tel : rien d'étonnant à ce qu'on puisse l'absoudre (3). — Cette limitation technique de l'*absolutio* au cas d'un *iudicatus* ou d'un *damnatus* rend difficilement concevable l'existence d'une clause d'absolution dans la formule. Cette clause ne s'explique que si le défendeur est déjà traité comme un *iudicatus* (4). La fiction d'un jugement rendu attribue aux deux parties des situations différentes dans le procès (5), et donne au *iudex* le pouvoir d'absoudre

(1) Cic., *Pro Rabirio*, IV, 12; cf. Liv., I, 26. Il est vrai que Mommsen a prétendu que Cicéron et Tite-Live se trompent (Girard, *Org. jud.*, I, p. 123, n. 2) : « sans cela, Suétone (*Caes.*, 12) ne pourrait pas reprocher à César la partialité avec laquelle il a condamné Rabirius ». — Mais cette difficulté est résolue si l'on admet que les duumvirs, s'ils ne pouvaient prononcer une absolution, pouvaient du moins ne pas condamner. Mommsen remarque lui-même d'ailleurs (*Röm. Strafrecht*, p. 155, n. 1), qu'on ne nommait vraisemblablement de duumvirs que lorsque l'instruction faisait prévoir une condamnation certaine.

(2) Girard, *Org. jud.*, I, p. 104 et sqq., notamment p. 113.

(3) Voy. p. ex. Liv., I, 26 ; Val. Max., 8, 1, 1 : Horatius a Tullio rege damnatus ad populum provocato iudicio absolutus est.

(4) Ou comme un *confessus in iure*, — ce qui reviendrait à peu près au même (*Confessus pro iudicato est*), et expliquerait peut-être mieux le caractère contractuel de la délivrance de la formule.

(5) De là les noms différents donnés aux parties, et, notamment, le nom d'*actor* désormais réservé au demandeur ; de là aussi l'affaiblissement du mot *actio*, qui, après avoir désigné la *legis actio* tout entière, ne désigne souvent, au temps de Cicéron, que l'ensemble des démarches procédurales *eius qui agit*, c'est-à-dire du demandeur (En ce sens, Kübler, *Ueber die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit. Zeitschr. d. Savigny-Stiftung*, XVI (1895), R. A., p. 174, — combattant l'opinion trop absolue de Wlassak). Cela s'explique assez bien. Dans le *sacramentum*, les deux parties étaient sur le même pied,

l'une d'elles. S'il est vrai qu'un certain parallélisme existe, au point de vue de la division de l'instance en deux phases, entre la justice criminelle et la justice civile (1), ce parallélisme s'accuse encore par ce fait que l'accusé arrivant devant les comices et le défendeur arrivant devant le *iudex sont déjà tous deux fictivement condamnés.*



Tout ce que j'ai dit jusqu'à présent sur le programme de l'*arbitrium liti æstimandæ* et la formation historique de la formule tend en effet à cette conclusion : si l'action formulaire est un *arbitrium liti æstimandæ* devenu autonome, c'est dans le *sacramentum* initial aboli qu'elle puise toute sa force. Tout — ou presque tout — se passe comme si ce *sacramentum* avait eu réellement lieu.

Cette fiction d'un *sacramentum* accompli répond tout à fait à l'esprit général de la procédure romaine : on sait que, si le préteur a souvent eu recours à des fictions (p. ex. actions fictices), le législateur a souvent aussi utilisé cet expédient (p. ex. fiction de la loi *Cornelia de captivis*), et on ne peut mieux comparer le système d'une formule fondée sur une sentence fictive qu'aux *manus iniectiones* créées par certaines lois « comme en exécution d'un jugement » (*pro iudicato*) : la fiction se révèle dans la terminologie (2). En notre matière,

et pouvaient toutes deux être qualifiées d'*actores*. Mais lorsque s'ouvrait l'*arbitrium liti æstimandæ*, l'égalité était rompue. Seule la partie triomphante avait intérêt à demander un *iudex*, et je crois qu'elle seule prononçait la formule : *Te prætor iudicem* (*arbitrumve*) *postulo uti des*. Il n'y avait plus qu'un *actor*. Cela était encore plus net lorsque la *litis æstimatio* suivait une *confessio in iure*.

(1) Girard, *Org. jud.*, I, p. 124-125.

(2) L'interprétation divergente de M. Senn, *Leges perfectæ*, 1902, p. 79 et sqq., est contredite notamment, comme le fait observer M. Girard, *Manuel*[4], p. 982, par l'inscription de Luceria (Girard, *Textes*[3], p. 25).

la fiction se révèle de même dans l'emploi qui est fait du mot *iudicium*.

Iudicium signifie proprement *sentence*, *jugement* (1). Au VI[e] siècle, ce mot n'a guère d'autre acception (2); au VII[e] siècle, et plus tard, il est encore très souvent pris dans ce sens (3). Mais à partir de la fin du VI[e] siècle (4), à côté de cette accep-

(1) Kübler, *Ueber die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republicanischen Zeit. Z. der Sav.-Stiftung*, XVI (1895), R. A., p. 139.

(2) En l'absence du dépouillement complet de textes que nous promet le *Thesaurus linguæ latinæ*, — comme d'ailleurs MM. Wlassak et Kübler ont, chose assez surprenante, négligé les témoignages du VI[e] siècle sur le sens de *iudicium*, — j'ai réuni les quelques passages suivants, dans lesquels ce mot figure avec l'acception de *jugement*, *sentence*. Plaut., *Pseud.*, I, 1, 12; *Curc.*, V, 3, 39 : Tu huic argentum redde, hoc *iudicium* meum'st; Ennius, frag. 55 (Ribbeck, *Scænicæ romanorum poesis fragmenta*, *I*, *Tragicorum romanorum fragmenta* ², p. 22) : Eheu, videte! | Iudicabit inclutum *iudicium* inter deas tris aliquis : | quo *iudicio* Lacedæmonia mulier, Furiarum una adveniet; Pacuvius, fragm. 34 (Ribbeck, p. 81) : Nilne ad te de *iudicio* armum accidit? (Extrait de la tragédie de Pacuvius intitulée : *Iudicium armorum*); Iuventius, 8-10 (Ribbeck, II, *Comicorum fragmenta*², p. 83) : Ita tradidi : quid ni? neque hili [existumo] *iudicium* Æsopi nec theatri tritiles [voces]; Nævius, frag. 52 (*Poetarum romanorum fragmenta*, éd. Bæhrens, 1886, p. 50) : plerique subiguntur sub unum *iudicium;* Ter., *Phorm.*, 214 : Vi coactum te esse invitum. — Lege, *iudicio*.— Tenes; *Phorm.*, 1044 : Eius *iudicio* permitto omnia : quod is iubebit, faciam; *Heaut.*, 12 (5 dans l'éd. Dziatzko) : Vostrum *iudicium* fecit; Cato, *Orat. de Dote* (Ed. Jordan, p. 68, 7) : In adulterio uxorem tuam si prehendisses, sine *iudicio* inpune necares.

(3) Kübler, *l° c°*, p. 165 et sqq.

(4) Au VI[e] siècle, je ne trouve *iudicium* dans le sens d'*instance*, *procès*, ou *tribunal*, que dans les exemples suivants : Ter., *Eun.*, 339 : Cras est mihi *iudicium;* Turpilius, 45 (Ribbeck, II, *Comic. fragm.*², p. 90) : *Iudicia* litis, turbas tricas, contiones maxumas; Cato, *De agricultura*, 149, 2 : Si quid de iis rebus controversiæ erit, Romæ *iudicium* fiat; et surtout Ter., *Phorm.*, 404 et sqq.: Tu qui sapiens es magistratus adi, | *iudicium* de eadem causa ut reddant tibi, | quandoquidem solus regnas et soli licet | hic de eadem causa bis *iudicium* apiscier. Ce dernier texte, du moment où la procédure formulaire n'existe pas au temps de Térence, est très favorable aux conclusions de M. Kübler (p. 151 et sqq.) sur le sens de *iudicium reddere*.

tion originaire, d'autres acceptions apparaissent, qui ne sont pas toujours claires. L'étude de ces acceptions chez Cicéron et les auteurs plus récents a été entreprise par Wlassak [1] et par Kübler [2]. Ces études, pareillement ingénieuses et savantes, aboutissent d'ailleurs à des conclusions opposées. Pour Wlassak, *iudicium*, au temps de Cicéron, est le terme technique par lequel on désigne d'abord la formule, puis l'ensemble de l'action prétorienne engagée par formule. Pour Kübler, au contraire, *iudicium* ne désigne jamais ce schéma abstrait d'action proposé dans l'édit qu'on nomme proprement *formula;* il ne désigne que le jury constitué ou, plus largement, l'instance organisée pour telle ou telle espèce concrète.

Il me semble, quant à moi, qu'il y a beaucoup de vrai, et un peu d'exagération dans les deux thèses adverses. Kübler a raison, ce semble, de distinguer en général le *iudicium* concret et la *formula* abstraite, et d'expliquer par là bon nombre de textes où le mot *iudicium* ne peut pas se prendre dans l'acception de *formule*. Mais Wlassak n'a pas tort de soutenir qu'il existe tout au moins quelques textes où *iudicium* équivaut à *formula* [3]. D'ailleurs, quel que soit le parti qu'on prenne dans ce débat, la difficulté qui nous arrête reste à peu près la même. Il s'agit en effet d'expliquer comment *iudicium*, qui signifiait *sentence*, *jugement*, a pu prendre le sens de *jury*, d'*instance* ou de *formule*, et surtout comment *dare* ou *reddere iudicium* [4] a pu signifier *instituer*

(1) Dans ses *Römische Prozessgesetze* et dans sa *Litis contestatio im Formularprocess* (*Festschrift für Windscheid*, 1888).

(2) Dans son article précité sur la signification de *iudicium* et *formula* chez Cicéron.

(3) Tel est le cas pour Cic., *De nat. deor.*, III, 74 : *iudicium* de dolo malo, quod C. Aquilius... protulit, si on le compare à Cic., *De off.*, III, 60 : nondum enim Aquilius... protulerat de dolo *formulas*. Je ne crois pas que l'argumentation ingénieuse de Kübler, p. 148-149, ait enlevé à ce témoignage sa force probante.

(4) Cette expression surtout a besoin d'être expliquée. Kübler remarque avec raison (p. 139) que *iudicium* = *jugement* et *iudicium* = *jury* sont

un jury, organiser une instance ou *délivrer une formule* (1). Il me semble que le texte du *De Oratore* que j'ai étudié marque assez bien la transition des deux idées. En effet la sentence qui termine le *sacramentum* initial, le *turpe tutelæ iudicium*, forme le point de départ de l'instance *liti æstimandæ*, et constitue la première partie du programme tracé au *iudex liti æstimandæ*. On peut donc dire assez naturellement que cette seconde instance est un *iudicium*, et que le programme est un *iudicium*. Peut-être y a-t-il là originairement une façon de s'exprimer impropre. Nous possédons sur ce point un témoignage précieux de Cicéron. Il se réfère, il est vrai, à la *quæstio perpetua* instituée en matière de *repetundæ;* mais on sait que cette procédure conserve pendant longtemps la marque de ses origines privées (2). Le jugement dans les procès de *repetundæ* se décompose en deux actes : d'abord les jurés jugent la question générale de culpabilité (à l'origine, à la suite d'une *legis actio per sacramentum*); puis ils effectuent une *litis æstimatio* pour prononcer une condamnation en argent (3). Cette *litis æstimatio* équivaut exactement à l'*arbitrium liti æstimandæ* de la procédure privée. Or Cicéron déclare, dans son plaidoyer pour A. Cluentius Avitus, qu'on ne doit pas donner à la *litis æstimatio* le nom de *iudicium :* « Hic profertur id *quod iudicium appellari non oportet*, P. Septimio Scævola litem eo nomine esse æstimatam... » *Iudicium*, dans la pensée de Cicéron, signifie certai-

dans le même rapport que *consilium* = *conseil, avis*, et *consilium* = *conseil, assemblée consultative*. Mais *dare consilium*, qui signifie *donner un conseil*, aurait-il jamais signifié *constituer une assemblée consultative ?*

(1) On pourrait aussi se demander comment le mot *iudicium* a pu désigner tout le procès, y compris sa phase *in iure*, si cette extension de sens était certaine. Wlassak, qui l'admet (*Processgesetze*, I, p. 26 et sqq.), a quelque peine à l'expliquer (*Processgesetze*, II, p. 52 et sqq.). Mais Kübler la repousse (p. 174 et sqq.), avec une argumentation philologique très forte.

(2) Girard, *Date de la loi Æbutia*, p. 282.

(3) Mommsen, *Röm. Strafrecht*, p. 724-726.

nement *jugement*, *sentence* (1). Il faut croire cependant que l'impropriété ainsi dénoncée par l'orateur était fort entrée dans les usages, puisqu'il ne tardait pas à la commettre lui-même. Il ajoute immédiatement : « Numquam enim ea diligentia, quæ solet adhiberi *in ceteris iudiciis*, eadem reo damnato adhibita est ». Il range donc lui-même la *litis æstimatio* parmi les *iudicia* (2). La même confusion, ou la même transformation, a dû se réaliser dans la terminologie de l'*arbitrium liti æstimandæ* dans toutes ses applications. Lorsque, après la loi Æbutia, on a pu se passer du *sacramentum* initial, le nom de *iudicium* est naturellement resté attaché à la procédure simplifiée nouvelle. Le préteur délivrait un jugement (*iudicium dabat, reddebat*), et introduisait par là une instance indépendante.



Une pareille théorie sur les origines du système formulaire me paraît avoir pour elle beaucoup plus de vraisemblances internes (3) que celles qui ont généralement cours, et notam-

(1) Il suffit de lire l'ensemble du passage pour s'en convaincre. On reproche au client de Cicéron d'avoir, huit ans plus tôt, corrompu des juges pour faire condamner son beau-père Statius Albus Oppianicus, et cette accusation tire sa vraisemblance des condamnations prononcées depuis contre plusieurs de ces juges. Cicéron énumère ces condamnations, pour les discuter et en atténuer la portée; et ce sont elles qu'il désigne du nom de *iudicia*. P. ex. 41, 1 : Quo tempore Fidiculanius est absolutus, tu, qui ea *iudicia* facta commemoras, quæro, quid tum esse existimas iudicatum ? 42 : Sequitur id, quod illi *iudicium* appellant, maiores autem nostri nunquam neque *iudicium* nominarunt, neque perinde, ut rem iudicatam, appellarunt...

(2) Wlassak, *Zeitschr. d. Sav. Stiftung*, XXV (1904), R. A., p. 179-180.

(3) Notons qu'elle rendrait compte aussi des traces de formules qu'on rencontre, à Rome ou dans les provinces, avant la loi Æbutia. Partsch, *Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse*, 1905; Bekker, *Ueber Anfang und Ende des in iure Verfahrens*, *l° c°*, p. 39.

ment que celles qui voient dans la formule une institution introduite dans l'édit du préteur (et d'abord du préteur pérégrin) à l'imitation d'institutions analogues d'origine provinciale (1) : car ces hypothèses se heurtent à la difficulté d'admettre qu'on ait pu, sans transition, passer de l'ancien rituel traditionnel, obligatoire pour les citoyens, à une procédure entièrement différente. Les évolutions juridiques, surtout chez des peuples aussi conservateurs que le peuple romain, se réalisent insensiblement, sans que les apparences extérieures et les étiquettes paraissent changer. Je ne crois pas qu'on ait pu, du jour au lendemain, parler de formule là où l'on ne parlait auparavant que de *legis actio*. Mais si je prouve qu'il y a déjà place, dans la *legis actio*, pour un embryon de formule, je retrouve le chaînon intermédiaire qui manquait dans l'enchaînement des faits, je restitue au développement historique la continuité de la vie.

Pour achever une démonstration de ce genre, il faudrait en suivre l'idée directrice jusque dans ses conséquences éloignées, et vérifier si ces conséquences s'accordent avec les faits certains que l'on peut connaître. Je me bornerai à remarquer que mon système cadre parfaitement avec deux principes fondamentaux de la procédure formulaire : le principe des condamnations pécuniaires, dont les hypothèses courantes ne rendent pas compte (2), et qui se justifie au contraire fort bien si les actions formulaires sortent de l'*arbitrium liti æstimandæ* (3) ; et le principe de l'effet extinctif de la *litis contestatio* : s'il est vrai qu'au temps des *legis actiones*, selon l'opinion très vraisemblable de Wlassak (4), l'effet ex-

(1) Girard, *Manuel*[4], p. 991-992.

(2) Cf. Pfaff, *Juristische Vierteljahresschrift*, XXXIV (1902), p. 49 et sqq. ; Schlossmann, *Ueber die Geldkondemnation und die Gründe ihrer Einführung. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, XLVI (1903), p. 321-380.

(3) Bekker, *Aktionen*, I, p. 82-87.

(4) Wlassak, *Litis contestatio*, p. 69 et sqq.; cf. Collinet, *Nature de la litis contestatio. Nouv. Rev. Hist. de droit*, XXVI (1902), p. 544 et sqq.

tinctif ne s'attachait qu'aux solennités mêmes de la *legis actio*, on ne peut pas comprendre comment il s'est attaché, plus tard, à la délivrance d'une formule, à moins qu'on ne voie dans cette formule un jugement fictif, supposant une *legis actio* accomplie.

Je n'ignore pas qu'il subsiste, malgré tout, plusieurs points obscurs dans mon hypothèse. Car l'*arbitrium liti æstimandæ* ne devait point s'appliquer à *toutes* les actions civiles qui se sont intentées plus tard par formules. D'où provient la formule des *condictiones*? Quelle place faire dans mon système aux actions réelles? (1). Peut-être ces questions, et quelques autres de moindre importance, ne sont-elles pas insolubles. J'espère y revenir plus tard.

(1) J'ai laissé intentionnellement de côté l'*arbitrium* qui, au dire de Festus, fonctionnait pour les *vindiciæ*.

P. Huvelin,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Lyon.


IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE
LVX VITAM
BAR-LE-DUC